

BVGer BVGE 2008/11 vom 13. Dezember 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-12-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2008_11

FR: TAF BVGE 2008/11 du 13 décembre 2007

IT: TAF BVGE 2008/11 del 13 dicembre 2007

Regeste

Privatversicherung

Erwägungen

E. 4

Materiellrechtlich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass weder im Gesetz, noch in der Verordnung verlangt werde, dass die Berufshaftpflichtversicherung bei einer in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungsgesellschaft abgeschlossen werden müsse. Das Gesetz sähe im Gegenteil explizit vor, dass andere « gleichwertige finanzielle Sicherheiten » gestellt werden könnten. Die Vorinstanz verhalte sich daher unzulässig und rechtswidrig, wenn sie versuche, ein Nationalitätenerfordernis einzuführen, welches weder vom Gesetz, noch von der Verordnung verlangt werde. Hiergegen wendet die Vorinstanz ein, dass die Versicherungsaufsicht und die Aufsicht über die Versicherungsvermittler nicht getrennt werden können. Es gehe um Versichertenschutz im weitesten Sinne, nämlich um den Schutz des Versicherungskunden vor unbewilligten Versicherungsunternehmen.

E. 4.1

Versicherungsvermittler sind Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen, Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen (Art. 40 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 [VAG, SR 961.01]). Sie unterstehen seit dem 1. Januar 2006 einer öffentlichen Aufsicht (Art. 2 Abs. 1 Bst. c VAG), sofern sie Versicherungsgeschäfte vermitteln, deren Angebot seitens des Versicherungsunternehmens grundsätzlich eine Bewilligung nach dem VAG voraussetzt (Art. 1 Abs. 1 der Aufsichtsverordnung vom 9. November 2005 [AVO, SR 961.011]). Versicherungsvermittler haben sich nach Art. 43 Abs. 1 VAG in ein hierfür geschaffenes öffentliches Register eintragen zu lassen. Darin aufgenommen wird nach Art. 44 Abs. 1 VAG, wer neben den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen (Bst. a) eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen oder eine gleichwertige finanzielle Sicherheit geleistet hat (Bst. b). Der Gesetzestext selbst hält fest, dass ein Versicherungsvermittler nur dann ins Register eingetragen wird, wenn er eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten geleistet hat. Ob die Gesellschaft, welche die Berufshaftpflichtversicherung übernimmt, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen sein muss oder nicht, geht aus der Bestimmung nicht hervor. In Art. 44 Abs. 2 VAG delegiert der Gesetzgeber unter anderem die Festlegung der Mindesthöhe der finanziellen Sicherheiten an den Bundesrat. Dieser kann die technischen Einzelheiten der Aufsichtsbehörde überlassen. Art. 186 Abs. 1 AVO hält im Einzelnen fest, dass der Versicherungsvermittler zur Deckung seiner Haftpflicht aus der Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht über eine Berufshaftpflichtversicherung für Vermögensschäden verfügen muss, welche als Versicherungssumme für alle Schadenfälle eines Jahres mindestens 2 Mio.

Franken zu betragen habe. Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich aber für die vorliegend relevante Fragestellung keine Antwort finden, so dass die Rechtsnorm nach den üblichen Methoden ausgelegt werden muss.

E. 4.2

Bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen sollten sämtliche Methoden kombiniert werden, welche für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben. Im Vordergrund steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts die teleologische Auslegung (z. B. BGE 128 I 34 E. 3; weitere Hinweise bei Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 217 f.).

E. 4.2.1

Aus der Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003 (BB1 2003 3789; im Folgenden: Botschaft VAG) geht hervor, dass Sinn und Zweck der im Versicherungsaufsichtsrecht neu geschaffenen Bestimmungen über die Versicherungsvermittler vor allem darin bestehen, den Konsumentenschutz zu stärken (Botschaft VAG, BB1 2003 3790). Die obligatorische Eintragungspflicht von Versicherungsvermittlern dient einerseits der Anhebung der Transparenz des Vermittlerwesens auf den Versicherungsmärkten sowie gleichzeitig der Verbesserung von Qualitätsstandards (Anton K. Schnyder, Europäisches Banken- und Versicherungsrecht, Heidelberg 2005, Rz. 243). Die gesetzlich verlangte Berufshaftpflichtversicherung soll jene Versicherungsinteressenten, die für den Abschluss oder die Vermittlung eines Versicherungsvertrages auf den Rat eines Versicherungsvermittlers bauen, vor den finanziellen Folgen einer mangelhaften Beratung schützen (Botschaft VAG, BB1 2003 3827). Der Versicherungsnehmer soll gegenüber einem möglichen Missbrauch von ihm zustehenden bzw. für den Versicherer bestimmten Geldern geschützt werden. Im Falle einer Falsch- bzw. Schlechtberatung soll die Schadloshaltung des Interessenten oder Versicherungsnehmers sichergestellt werden. Mittels dieser Zugangskontrolle bekommt die Eintragung den Charakter eines Gütesiegels (SCHNYDER, a. a. O., Rz. 244). Die neu eingefügten Bestimmungen über Versicherungsvermittler wollen demnach aufgrund von minimalen Anforderungen u.a. gewährleisten, dass die Ansprüche des Versicherungsinteressenten oder Versicherungsnehmers im Schadensfall auch gedeckt und durchgesetzt werden können (vgl. Alois RIMLE, Abstimmung zwischen Aufsicht und Haftung im neuen Recht der Versicherungsvermittler, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [SZW] 2/2005 S. 74). Der Gesetzgeber will somit u.a. das Vermögen des betroffenen Versicherungsinteressenten vor allfälligem Missbrauch schützen. Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG hält fest, dass der Aufsichtsbehörde die Aufgabe zukommt, die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler zu schützen und gegen Missstände einzuschreiten, welche die Interessen der Versicherten gefährden (Art. 46 Abs. 1 Bst. g VAG). Der Begriff des « Versicherten » ist dabei wie im bisherigen VAG im weitesten Sinne zu verstehen. Die Versicherungsaufsicht ist « zum Schutz der Versicherungsnehmer, der Versicherten im versicherungsvertraglichen Sinn, der Anspruchsberechtigten, der Geschädigten (insbesondere in der Haftpflichtversicherung) und selbst der Versicherungsinteressenten auszuüben, oder, wie die Versicherten heute auch

häufig bezeichnet werden, der Konsumentinnen und Konsumenten schlechthin » (Botschaft VAG, BBl 2003 3808). Die Aufsichtsbehörde ist demnach gestützt auf Art. 46 Abs. 1 Bst. f und g VAG aber auch aufgrund der allgemeinen Zielsetzung der Regulierung von Versicherungsvermittlern verpflichtet, dafür zu sorgen, dass seitens des Versicherungsgeschäfte anbietenden Versicherungsvermittlers ausreichende finanzielle Sicherheiten vorhanden sind, welche den Versicherungsinteressenten im Falle einer Falsch- bzw. Schlechtberatung schadlos halten könnten. Ein wirksamer Schutz des Vermögens der Versicherungsinteressenten vor Missbrauch kann jedoch nur gewährleistet werden, wenn die finanzielle Sicherheit des Versicherungsvermittlers in jedem Fall unmittelbar und dauernd verfügbar ist. Ein funktionierendes Versicherungswesen setzt voraus, dass die Überprüfung sämtlicher für den Eintrag erforderlichen Voraussetzungen an den Ort der Eintragungspflicht geknüpft werden. Die Bestimmungen über die Berufshaftpflichtversicherung des Versicherungsvermittlers sind so auszulegen, dass zum Schutze des Versicherungsinteressenten ein Ergebnis erreicht wird, welches die unmittelbare und dauernde Schadloshaltung sicherstellt. Das Dauerschutzbedürfnis eines durch die Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers betroffenen Versicherungsinteressenten rechtfertigt es daher, dass die von Art. 44 Abs. 1 Bst. b VAG verlangte Berufshaftpflichtversicherung bei einer Gesellschaft abgeschlossen werden muss, die zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz zugelassen ist. Der Vorinstanz kann nicht zugemutet werden, Versicherungsverhältnisse von Versicherungsvermittlern, die im Ausland abgeschlossen worden sind, insbesondere auf ihren Ablauf hin zu überprüfen, um gegebenenfalls die Aufhebung des Eintrags als Versicherungsvermittler verfügen zu können. Dieses Ergebnis erhellt auch aus der Tatsache, dass gemäss der nach wie vor geltenden materiellen Aufsicht die Vorinstanz nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, jederzeit zu prüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen des Versicherungsvermittlers noch erfüllt sind, um gegebenenfalls die Aufhebung des Eintrags zu verfügen (Botschaft VAG, BBl 2003 3793, 3802). Mit diesem sachlich begründeten Erfordernis wird nicht, wie die Beschwerdeführerin anführt, ein Nationalitätenerfordernis für die Vermittleraufsicht eingeführt. Im Bereich der Versicherungsvermittlung gilt grundsätzlich dasselbe wie für das übrige Versicherungsgeschäft (Art. 1 Abs. 3 AVO). Für Versicherungsvermittler besteht grundsätzlich kein Raum für eine freie, d. h. nicht an sachlich begründete Bewilligungserfordernisse anknüpfende Zulassung einer grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit. Auch das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte, SR 0.142.112.681), welches in Art. 5 und Art. 23 Anhang I die grenzüberschreitende aktive und passive Dienstleistungserbringung zeitlich beschränkt auf 90 Arbeitstage pro Jahr liberalisiert, lässt Verwaltungsvorschriften im Bereich der Aufsicht über Finanzdienstleistungen, für die im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer der Aufsicht der Behörden dieser Vertragspartei unterliegen, unberührt (Art. 22 Abs. 3 Bst. ii des Anhangs I). Im Vordergrund steht deshalb die Anknüpfung an den Ort des gelegenen Risikos, deren Versicherung vermittelt wird (ALOIS RIMLE, Unterstellung unter die neue Vermittleraufsicht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 4/2005 S. 455). Einzig mit Liechtenstein hat die Schweiz jüngst ein Abkommen unterzeichnet, welches den Versicherungsvermittlern eine umfassende Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in beiden Ländern gewährleistet. Danach haben sich Versicherungsvermittler in der Schweiz

oder in Liechtenstein nur noch bei einer Aufsichtsbehörde zu registrieren, um in beiden Ländern tätig sein zu dürfen (Art. 32 des Abkommens vom 19. Dezember 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung sowie die Versicherungsvermittlung [mit Anhang] [SR 0.961.514]).

E. 4.2.2

Zum gleichen Ergebnis führt ein Vergleich mit den infolge der Umsetzung der Richtlinie 2002/92/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (im Folgenden: EG-Richtlinie Versicherungsvermittlung; ABl. L 9 S. 3) erlassenen Bestimmungen zur Vermittlungsaufsicht in Deutschland und Österreich. Selbst im Rahmen eines einheitlichen Versicherungsmarktes mit grundsätzlich freiem Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU wird beispielsweise in der deutschen Versicherungsvermittlungsverordnung vom 15. Mai 2007 (Bundesgesetzblatt [BGBl.] I S. 733 [1967]) explizit festgehalten, dass die für den Versicherungsvermittler verlangte Haftpflichtversicherung für das gesamte Gebiet der Mitgliedstaaten gelten muss (§ 8 Versicherungsvermittlungsverordnung), dass die Versicherung jedoch bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen genommen werden muss (§ 9 Versicherungsvermittlungsverordnung). Genauso hält auch § 137c Abs. 1 der österreichischen Gewerbeordnung 1994 (BGBl. Nr. 194/1994) fest, dass die Berufshaftpflichtversicherung bei einem Unternehmen erfolgen muss, das zum Geschäftsbetrieb in Österreich befugt ist. Der Versicherungsvermittler erwirbt zwar, wie erwähnt, mit der Eintragung in das Register das Recht, in sämtlichen EU-Staaten vor Ort oder grenzüberschreitend tätig zu werden (Art. 3 Abs. 5 EG-Richtlinie Versicherungsvermittlung), die Registrierungspflicht wird jedoch an den Herkunftsmitgliedstaat geknüpft (Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 EG-Richtlinie Versicherungsvermittlung). Schliesslich verlangt auch Art. 5 Abs. 2 der liechtensteinischen Verordnung vom 27. Juni 2006 über die Versicherungsvermittlung (Versicherungsvermittlungsverordnung, LR 961.11), dass die Berufshaftpflichtversicherung bei einem Versicherungsunternehmen abgeschlossen werden muss, das zum Geschäftsbetrieb in Liechtenstein zugelassen ist (Art. 5 Abs. 2 Versicherungsvermittlungsverordnung).

E. 4.2.3

Als Zwischenergebnis gilt es somit festzuhalten, dass sich die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung bei einer Gesellschaft, welche in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen ist, zwingend aus dem Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmungen ergibt. Eine gegenteilige Regelung würde die Wahrnehmung der Vermittlungsaufsicht schwächen und unter Umständen verunmöglichen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach das Vermittleraufsichtsrecht das Erfordernis eines schweizerischen Haftpflichtversicherers nicht kenne (...), erweist sich damit in dieser Hinsicht als unbegründet.

E. 5.1

Ein Versicherungsvermittler, der sich in das öffentliche Register eintragen lassen will, kann anstelle einer Berufshaftpflichtversicherung eine gleichwertige finanzielle Sicherheit leisten (Art. 44 Abs. 1 Bst. b, 2. Halbsatz VAG). Dieser die Berufshaftpflichtversicherung ergänzende Halbsatz könnte hauptsächlich für diejenigen Personen eingeführt worden sein, welche möglichst rasch in ein Register eingetragen werden wollten; der Nachweis einer

Bankgarantie ist in aller Regel nämlich schneller zu erbringen, als der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung. Gemäss Art. 186 Abs. 3 AVO kann die Aufsichtsbehörde im Einzelfall entscheiden, welche anderweitigen finanziellen Sicherheiten als gleichwertig anzusehen sind. Beispiele werden keine genannt. In der Verordnung selbst wird der Aufsichtsbehörde demnach ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Aufsichtsbehörde nannte in ihrer Vernehmlassung als Beispiel einer gleichwertigen finanziellen Sicherheit eine Bankgarantie bei einer schweizerischen Bank. Zu denken ist, insbesondere im Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen, auch beispielsweise an Bürgschaften, Kautionen, Sperrkonti usw. (Art. 40 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit [KKG, SR 221.214.1] i. V. m. Art. 7 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 6. November 2002 zum Konsumkreditgesetz [VKKG, SR 221.214.1]).

E. 5.2

Aus dem in E. 4.2. Gesagten ergibt sich, dass das Gebot der unmittelbaren Verfügbarkeit der finanziellen Sicherheit sowie das Dauerschutzbedürfnis eines Versicherungsinteressenten verlangen, dass eine Berufshaftpflichtversicherung bei einer Gesellschaft abgeschlossen werden muss, deren Versicherungstätigkeit in der Schweiz bewilligt ist. Die Überlegungen zur Berufshaftpflichtversicherung müssen a fortiori und umso mehr auch für deren Ersatzprodukt, einer gleichwertigen finanziellen Sicherheit gelten. Die oben stehenden Erwägungen zur Berufshaftpflichtversicherung verdeutlichen, dass es auch für ein entsprechendes Ersatzprodukt in Form einer Bankgarantie oder Ähnlichem für den gesetzlich angestrebten Schutz des Vermögens des Versicherungsinteressenten mit Blick auf eine Vollstreckung in der Schweiz essentiell ist, dass beispielsweise eine Bankgarantie von einer Gesellschaft ausgestellt wird, die zur Geschäftstätigkeit in der Schweiz zugelassen und damit den schweizerischen Regulierungsvorschriften unterworfen ist.

E. 5.3

Zusammenfassend kann demnach als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die nach Art. 44 Abs. 1 Bst. b VAG verlangte Berufshaftpflichtversicherung, die ein Versicherungsvermittler vorweisen muss, um in das Register für Versicherungsvermittler eingetragen zu werden, genauso wie der Vertrag über eine gleichwertige finanzielle Sicherheit bei Gesellschaften abgeschlossen werden müssen, die in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen sind. Der gesetzlich angestrebte Dauerschutz des Vermögens eines Versicherungsinteressenten sowie das Gebot der unmittelbaren Verfügbarkeit können nur gewährleistet werden, wenn die finanziellen Voraussetzungen der Eintragung an den Eintragungsort selbst geknüpft werden.

E. 6

In vorliegendem Zusammenhang beruft sich die Beschwerdeführerin auf zwei verschiedene Dokumente, welche die finanzielle Sicherheit der Beschwerdeführerin, die das Geschäft der Versicherungsvermittlung in der Schweiz betreibt, bestätigen sollen. Im vorinstanzlichen Verfahren war zunächst unklar, ob die B. als Direkt- bzw. Erstversicherer oder als Rückversicherer auftritt. Die Vorinstanz ging aufgrund des Certificate of Insurance davon aus, dass es sich bei der B. um ein Erstversicherungs-Captive handeln würde. Die Beschwerdeführerin betonte demgegenüber, dass die B. ein Rückversicherungs-Captive darstelle. Zunächst gilt es daher den rechtsrelevanten Sachverhalt zu rekapitulieren bzw. die hierzu beigebrachten Beweise zu würdigen. Einerseits und zunächst gibt die

Beschwerdeführerin in ihrem Antrag zur Aufnahme in das Register für Versicherungsvermittler für die gleichwertige finanzielle Sicherheit an, dass sie über eine Garantie der C. verfüge, welche durch die B. rückversichert sein soll (...). Als Beweis legte die Beschwerdeführerin dem Antrag dann aber ein Certificate of Insurance vom 31. August 2005 der B. (...) bei. Darin übernimmt die B. die Versicherungsdeckung vom 31. August 2005 bis zum 31. August 2006 in der Höhe von 2 Mio. Franken für alle Schadensfälle pro Jahr. Mit Beschwerdeerhebung reichte die Beschwerdeführerin andererseits einen Letter of Guarantee der C. vom 24. Mai 2006 (...) ein. In diesem Dokument übernimmt die C. während der Dauer des Beschwerdeverfahrens, jedoch spätestens bis zum 31. Dezember 2007, eine Garantie im Umfang von höchstens 2 Mio. Franken pro Jahr für sämtliche Haftpflichtrisiken im Sinne von Art. 111 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Diese Garantieerklärung soll nach den Angaben der Beschwerdeführerin durch die B. rückversichert sein.

E. 7.1

Vorab fällt auf, dass sowohl das Certificate of Insurance vom 31. August 2005 als auch der Letter of Guarantee vom 24. Mai 2006 zeitlich beschränkt sind. Das Certificate of Insurance ist bereits am 31. August 2006 abgelaufen, und der Letter of Guarantee übernimmt die Garantie nur während der Dauer des Beschwerdeverfahrens, spätestens jedoch bis zum 31. Dezember 2007. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei selbstverständlich, dass die Garantieerklärung ab dem 31. Dezember 2007 wiederum um mindestens 12 Monate verlängert werde. Beweise hierfür werden jedoch keine erbracht. Die eingereichten Dokumente vermögen daher von vornherein den von Gesetzes wegen angestrebten Dauerschutz des Vermögens des Versicherungsinteressenten nicht zu erbringen. Letztere können nur dann wirksam geschützt werden, wenn die finanzielle Sicherheit des Versicherungsvermittlers unbedingt und unbeschränkt gültig ist. Die Garantien sind für die gesamte Dauer der Vermittlungstätigkeit, d.h. zeitlich unbeschränkt, abzugeben. Hierbei kommen auch Überlegungen des Verwaltungsaufwands hinzu. Die Vorinstanz soll nicht sämtliche Versicherungsverhältnisse von Versicherungsvermittlern auf ihren Ablauf hin überprüfen müssen, um gegebenenfalls die Aufhebung des Eintrags als Versicherungsvermittler verfügen zu können. Ausserdem muss die finanzielle Sicherheit unmittelbar verfügbar sein, um den Interessen des Versicherungsinteressenten zu genügen. Ein wirksamer und effizienter Schutz der finanziellen Interessen des Versicherungsinteressenten kann nur gewährleistet werden, wenn die finanzielle Sicherheit des Versicherungsvermittlers dauerhaft gewährleistet ist.

E. 7.2

Ferner kommt hinzu, dass die rechtlichen Unzulänglichkeiten der von der Beschwerdeführerin gestellten finanziellen Sicherheit selbst bei einer unbeschränkten Dauer bzw. einer Erneuerung nicht behoben werden könnten. Eine Berufshaftpflichtversicherung muss, das ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen (E. 4.2 ff.), genauso wie eine gleichwertige finanzielle Sicherheit zur Sicherstellung des gesetzlich angestrebten Konsumentenschutzes und zur Gewährleistung von Rechtssicherheit, bei einer Gesellschaft abgeschlossen werden, die in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen ist. Die B. als Erstversicherungsgesellschaft verfügt in der Schweiz nicht über eine Bewilligung zum Geschäftsbetrieb. Dies wird im Letter of Guarantee vom 24. Mai 2006 bestätigt und ist unbestritten. Um den Voraussetzungen von Art. 44 VAG gerecht zu werden, muss die finanzielle Sicherheit, wie erwähnt, in jedem Fall

unmittelbar verfügbar sein. Die Berufshaftpflichtversicherung der B. vermag daher den Anforderungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. b VAG von vornherein nicht zu genügen. Aber auch die der Beschwerdeführerin gegenüber übernommene Garantieerklärung der C. stellt rechtlich kein *maius* dar. Die für die Berufshaftpflichtversicherung ausgearbeiteten Grundsätze gelten, wie erwähnt, umso mehr auch für ein finanzielles Alternativprodukt. Eine gleichwertige finanzielle Sicherheit eines Versicherungsvermittlers hat von einer Gesellschaft geleistet zu werden, die in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen ist. Die finanzielle Sicherheit eines Versicherungsvermittlers im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. b VAG ist demnach nicht gewährleistet, wenn die Garantie von einer Gesellschaft zur Verfügung gestellt wird, die in der Schweiz nicht zum Geschäftsbetrieb zugelassen ist. Vorliegend stellt die C. eine Garantie zur Verfügung, ohne jedoch in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassen zu sein.

E. 7.3

Die Beschwerdeführerin betont in vorliegendem Zusammenhang, dass die C. kein bewilligungspflichtiger (Erst-)Berufshaftpflichtversicherer sei, sondern als funktionaler Rückversicherer agiere (...). Diese Behauptung wird gestützt durch die im Antrag für die Aufnahme in das Register für Versicherungsvermittler gemachten Angaben (...). Einen Beweis dafür legt die Beschwerdeführerin nicht vor. Rückversicherungsgesellschaften übernehmen von Erstversicherern gegen Prämienzahlungen Teile der Risiken aus dem Erstversicherungsgeschäft (vgl. Rolf H. Weber/Patrick Umbach, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Bern 2006, S. 57 f.). Ein Rückversicherungsvertrag setzt demnach regelmässig eine rückzuversichernde Erstversicherung voraus. In vorliegendem Zusammenhang steht fest, dass das Certificate of Insurance durch die B. ausgestellt worden ist und dass die Beschwerdeführerin darin als Versicherte (« Insured ») bezeichnet wird. Aufgrund der dem BVGer vorgelegten Dokumente liegt es nahe anzunehmen, dass die B. als Erstversicherungs- und nicht als Rückversicherungs-Gesellschaft agiert. Zudem setzt ein Rückversicherungsverhältnis, wie erwähnt, voraus, dass eine Erstversicherung vorliegt. Der von der Beschwerdeführerin vorgelegte Garantievertrag stellt jedoch keinen Versicherungsvertrag dar, der von der B. rückversichert werden könnte. Die die Garantie übernehmende C. stellt schliesslich auch keine Versicherungsgesellschaft dar. Ihr Zweck als Holdinggesellschaft besteht hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen (vgl. Art. 671 Abs. 4 OR). Aus alledem folgt, dass die B. in vorliegendem Zusammenhang als Direktversicherungs- und nicht als Rückversicherungs-Captive auftritt und als solches zu behandeln ist.

E. 7.4

Zu prüfen gilt es schliesslich, ob die B. als Direktversicherungs-Captive von der Aufsicht gemäss Art. 2 Abs. 3 VAG auszunehmen ist oder nicht. Die Beschwerdeführerin beantragt subeventualiter für den Fall, dass die B. als Direktversicherungs-Captive zu qualifizieren sei, gestützt auf Art. 2 Abs. 3 VAG von der Aufsicht befreit zu werden, da ihre Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sei und nur einen kleinen Kreis von Versicherten betreffe. Die Versicherungstätigkeit der B. betreffe nämlich nur (...) Tochtergesellschaften in der Schweiz und ca. (...) eintragungspflichtige Versicherungsvermittler. Die Police vom 31. August 2005 (...) nähme nur die Risiken der Beschwerdeführerin und ihrer zwei Tochtergesellschaften in Rückdeckung, damit sei nur ein kleiner Teil von Versicherten vorhanden (...). Die Beschwerdeführerin als Gruppengesellschaft sei aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit in der Lage, die Solvenz und

Solidarität der B. zu beurteilen, verfüge mithin über besondere Fachkenntnisse im Versicherungswesen. Hinzu komme, dass die B. in Bezug auf die Schweiz als Rückversicherungs-Captive auftrete, weshalb bereits strukturell ein geringeres Schutzbedürfnis für die Versicherungsnehmer bestehe. Gleichzeitig sei auch das Erfordernis der geringen wirtschaftlichen Bedeutung erfüllt. Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, dass mit dem von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argument der besonderen Fachkenntnisse beim Versicherungsnehmer praktisch die Gesamtheit aller Captives von der Versicherungsaufsicht freigestellt werden müssten, was nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen und auch nicht Meinung der Rechtsprechung sei. Insgesamt bestand unter altem Recht und bestehe auch unter neuem Recht keinerlei Anlass, Captives von der Versicherungsaufsicht freizustellen.

E. 7.4.1

Mit dem Begriff Captive wird eine externe Selbstversicherung in Form einer rechtlich verselbständigten Gesellschaft bezeichnet, die zu diesem Zweck vom Versicherungsnehmer oder von mehreren Versicherungsnehmern gegründet oder erworben wurde (Botschaft VAG, BBl 2003 3809). Ein Captive wird von einem Konzern, insbesondere aus steuerlichen Aspekten, gebildet, um in dieses Captive besondere Konzernrisiken zu platzieren bzw. sich durch die separate Gesellschaft selbst versichern zu lassen (Bericht der Expertenkommission zur Aufsichtstätigkeit des Bundesamtes für Privatversicherungen: Beurteilung aus Sicht der Kommission « Transparenz », Teil 3: Bereich Rückversicherung und « Captives » vom 15. Dezember 2002, S. 2). Grundsätzlich werden Captives in der Schweiz wie Versicherungsgesellschaften beaufsichtigt: Erstversicherungs-Captives wie Erstversicherungsgesellschaften, Rückversicherungs-Captives wie Rückversicherungsgesellschaften, wobei gewisse Erleichterungen angewandt werden (Bericht der Expertenkommission zur Aufsichtstätigkeit des Bundesamtes für Privatversicherungen: Beurteilung aus Sicht der Kommission « Transparenz », Teil 3: Bereich Rückversicherung und « Captives » vom 15. Dezember 2002, S. 3). Art. 2 Abs. 3 VAG hält nun fest, dass Versicherungsunternehmen, deren Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ist oder nur einen kleinen Kreis von Versicherten betrifft, von der Aufsicht befreit werden können, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Noch unter dem VAG vom 23. Juni 1978 durften auch die versicherten Leistungen nicht erheblich sein (Art. 4 Abs. 1 Bst. b aVAG von 1978; vgl. auch BGE 108 Ib 281). Der Botschaft zum VAG ist zu entnehmen, dass es die Neuformulierung im VAG vom 17. Dezember 2004, infolge des Wegfalls des Kriteriums der unerheblichen Leistung, nun im Prinzip ermöglicht, auch inländische oder ausländische Captives von der Versicherungsaufsicht auszunehmen (Botschaft VAG, BBl 2003 3809). Die Nichtunterstellung von Versicherungsunternehmen, deren Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ist oder einen kleinen Kreis von Versicherten aufweist, erfolgt entgegen dem bisherigen Recht aber nicht von Gesetzes wegen (Weber/Umbach, a. a. O., S. 66). Ob die Voraussetzungen erfüllt sind, liegt im Ermessen der Aufsichtsbehörde und ist durch Verfügung festzustellen.

E. 7.4.2

Zunächst gilt es festzuhalten, dass die B. in vorliegendem Zusammenhang als Direktversicherungs-Captive zu behandeln ist (vgl. dazu die E. 7.3). Es geht demnach nicht um die Befreiung eines Rückversicherungs-Captive, sondern um die Befreiung eines Erstversicherungs-Captive. Unter einem Erstversicherungs-Captive wird, wie erwähnt, eine

konzerneigene, aber rechtlich selbständige Direktversicherungsgesellschaft verstanden, welche die gesamten Konzernrisiken oder einen Teil derselben abdeckt. Der Risikotransfer bei Captives findet somit definitionsgemäss innerhalb desselben wirtschaftlichen Interessensbereiches statt. Captives versichern ausschliesslich Risiken konzernzugehöriger Gesellschaften. Insofern betrifft die Versicherungstätigkeit von Captives häufig nur einen kleinen Kreis von Versicherten. Bei einer rein konzerninternen Risikoübernahme, insbesondere bei einem Rückversicherungs-Captive, welche keine Drittinteressen tangiert, kann grundsätzlich diskutiert werden, ob eine Ausnahme von der Versicherungsaufsicht, die primär dem Schutz der Versicherungsnehmer dient, in Betracht kommt oder nicht (vgl. auch Rolf Nebel, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Art. 101 Rz. 63). In vorliegendem Zusammenhang ist die B. jedoch als Direktversicherungs-Captive zu behandeln. In dieser Funktion übernimmt sie die den Versicherungsinteressenten der Beschwerdeführerin gegenüber geschuldete Versicherungsdeckung. Damit handelt es sich zwar um eine rein konzerninterne Übernahme von Versicherungsrisiken, die Risikoübernahme könnte aber Drittinteressen tangieren, nämlich diejenigen von geschädigten Versicherungsinteressenten. Wenn davon auszugehen ist, dass auf Versicherungsverträge zwischen einer Erstversicherungs-Captive und deren Muttergesellschaft das Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 (VVG, SR 221.229.1) aufgrund erwähnter schützenswerter Drittinteressen grundsätzlich anwendbar ist (NEBEL, a.a.O., Art. 101 Rz. 63), so muss auch die B. aufgrund von schützenswerten Drittinteressen grundsätzlich der Versicherungsaufsicht und damit den Schutzbestimmungen des VAG unterstellt werden. Entscheidend ist, dass die Solvenz der Erstversicherungs-Captive aufgrund der Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht sichergestellt ist. In Übereinstimmung mit den E. 4.2.1 kann ein wirksamer Schutz des Versicherungsinteressenten nur gewährleistet werden, wenn auch der Berufshaftpflichtversicherer des Versicherungsvermittlers den Schutzbestimmungen des VAG unterliegt. Eine allfällige Befreiung von der Aufsichtspflicht kann jedenfalls nur dann in Frage kommen, wenn es sich um eine rein konzerninterne Risikoübernahme handelt, die keine weiteren Drittinteressen berührt. Ein wirksamer und effizienter Schutz des Vermögens des Versicherungsinteressenten bedingt daher, dass die B. den Schutzbestimmungen des VAG untersteht. Die B. hat daher für ihre Versicherungstätigkeit eine Bewilligung nach Art. 3 VAG einzuholen, was bislang nicht geschehen ist.

E. 7.4.3

Ferner kommt hinzu, dass das Bundesgericht (BGer) festgestellt hat, dass Captives von der Versicherungsaufsicht nicht auszunehmen sind (BGE 114 Ib 244 E. 5d). Nach dem BGer können Captives « [...] nur in Symbiose mit traditionellen Versicherungen bestehen, da sie allein den nötigen Risikoausgleich nicht bewerkstelligen können » (BGE 114 Ib 244 E. 5d). Derartige Verflechtungen führen deshalb zu negativen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des gesamten Versicherungswesens: « Genau so wie Rückversicherungen grundsätzlich der Aufsicht unterstehen, obwohl auch hier ein Schutzbedürfnis des Versicherungsnehmers selber (nämlich des Direktversicherers) bestritten werden könnte, muss dies auch für Captives gelten » (BGE a. a. O.). Das BGer hat demnach noch unter dem VAG vom 23. Juni 1978 eindeutig festgehalten, dass Captives der Versicherungsaufsicht unterstehen. Fraglich ist jedoch vorliegend, ob dieser Schluss auch nach dem VAG vom 17. Dezember 2004 zu ziehen ist, dessen Art. 2 Abs. 3 VAG es nun grundsätzlich ermöglicht, Captives von der Aufsicht zu befreien. Zu berücksichtigen gilt es in diesem Zusammenhang, dass in der Botschaft zum VAG betont wird, dass die

Nichtunterstellung von Captives unter die Versicherungsaufsicht vor allem dann in Betracht kommen könnte, wenn dies aufgrund der Entwicklungen im internationalen Umfeld angezeigt erscheint (Botschaft VAG, BBl 2003 3809). Gegenwärtig entwickelt sich das internationale Umfeld aufgrund zunehmender finanzieller Probleme in Richtung einer Angleichung der Rückversicherungsaufsicht an die mit den verschiedenen Richtlinien etablierte Aufsicht über Direktversicherer (vgl. SCHNYDER, a. a. O., Rz. 287). Auch international ist demnach kein Trend ersichtlich, Captives von der Versicherungsaufsicht zu befreien. Im Gegenteil hält die Richtlinie 2005/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2005 über die Rückversicherung und zur Änderung diverser Richtlinien fest, dass firmeneigene Rückversicherungsunternehmen durch die Mitgliedstaaten der Versicherungsaufsicht zu unterstellen sind (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 323 S. 2 f.). Es ist demnach - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - davon auszugehen, dass auch nach dem VAG vom 17. Dezember 2004 kein Anlass besteht, Versicherungs-Captives von der Aufsicht zu befreien.

E. 7.4.4

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass es in vorliegendem Zusammenhang nicht gerechtfertigt ist, die B. als Erstversicherungs-Captive von der Versicherungsaufsicht gemäss Art. 2 Abs. 3 VAG zu befreien. Da schutzwürdige Vermögensinteressen von Versicherungsinteressenten berührt werden, ist die B. als Direktversicherungs-Captive der Aufsichtspflicht zu unterstellen. Infolge der restriktiven Auslegung und aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Beweise vorbringt, muss deshalb davon ausgegangen werden, dass kein Fall von Art. 2 Abs. 3 VAG vorliegt. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht geeignet, diese Annahmen zu entkräften. 1. Damit kommt das BVGer zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Dokumente den Anforderungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. b VAG nicht zu genügen vermögen. Beide Dokumente sind zeitlich beschränkt und können daher dem von Gesetzes wegen angestrebten Dauerschutz nicht genügen. Hinzu kommt, dass die erwähnten Dokumente, selbst wenn sie ohne weiteres verlängert werden könnten, nicht ausreichen, da sie die rechtlichen Unzulänglichkeiten einer nicht in der Schweiz bewilligten Versicherungsgesellschaft nicht zu beheben vermögen. Schliesslich besteht auch nach dem VAG vom 17. Dezember 2004 kein Anlass, die B. als Erstversicherungs-Captive gestützt auf Art. 2 Abs. 3 VAG von der Versicherungsaufsicht zu befreien. Infolgedessen kann die Beschwerdeführerin aufgrund der eingereichten Dokumente nicht in das Register für Versicherungsvermittler eingetragen werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.